

## O REGIME DAS INCAPACIDADES CIVIS E O “ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA”: ANÁLISE DAS PRINCIPAIS MUDANÇAS LEGISLATIVAS

*THE LEGAL INCAPACITY REGIME AND “THE INCLUSION OF PEOPLE WITH DISABILITIES ACT”: ANALYSIS ON THE MAIN LEGISLATION CHANGES*

Mariana Gunia Rodrigues\*

### RESUMO

O trabalho propõe uma análise crítica da Lei nº 13.146/2015, denominada de “Estatuto da Pessoa com Deficiência” – que incorpora no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 da Organização das Nações Unidas (ONU) – a qual tem como objetivo a inclusão social, econômica e política da pessoa com deficiência, a partir do aprimoramento das leis, decretos e portarias que tratam sobre o assunto. A pesquisa é relevante, pois pretende analisar a mudança trazida pela Lei dos arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002 que versam sobre o regime das incapacidades. As incapacidades foram criadas pelo legislador a fim de proteger aqueles que não têm aptidão para exercerem seus direitos por si próprios, por lhes faltarem consciência sobre os atos praticados, ou seja, autodeterminação para querer e entender atos que produzem efeitos jurídicos. O trabalho contrapõe a lei com a finalidade do regime das incapacidades, com o objetivo de mostrar que a mudança foi, em certas hipóteses, negativa ou impossível de ser aplicada nos casos concretos. O assunto será abordado com base em pesquisa de fontes doutrinárias e da legislação – analisando o contexto de criação da lei, seus objetivos, medidas e, especialmente, as consequências provenientes – as quais comprovam as grandes falhas decorrentes do Estatuto, principalmente, na insuficiência das hipóteses de incapacidade absoluta e do risco colocado às pessoas com deficiência na transferência de antigas hipóteses de incapacidade absoluta para relativa.

### PALAVRAS-CHAVE

Incapacidade civil. Estatuto da Pessoa com Deficiência. Código Civil.

### SUMÁRIO

Introdução. 1. A origem da lei nº 13.146/2015: A Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência. 2. Quadro anterior da legislação brasileira. 3. As mudanças em relação aos absolutamente incapazes. 3.1 Prescrição e Decadência. 3.2 Negócios Jurídicos. 3.3 Quitação. 4. As mudanças em relação aos relativamente incapazes. 4.1 Os relativamente incapazes que são absolutamente incapazes. 5. Casamento. 6. A Curatela e a Interdição. 7. Tomada de decisão apoiada. Conclusões. Referências.

**REFERÊNCIA:** RODRIGUES, Mariana Gunia. O regime das incapacidades civis e o “Estatuto da Pessoa com Deficiência”: análise das principais mudanças legislativas. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 1, Porto Alegre, p. 108-131, jun. 2019.

### INTRODUÇÃO

### ABSTRACT

*This article offers a critical view of The Inclusion of People with Disabilities Act (Law No. 13.146/2015) – that was supposed to adjust the Brazilian legislation according to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which has the goal of setting a political, economical and social inclusion of the people with disabilities by the improvement of the law. The research is relevant because it analyzes the changes brought by the Act in the legal incapacity regime in the Brazilian Civil Code, that was made, at first, with the intention to protect those who do not have the ability to exercise their rights by themselves by the lack of consciousness or the lack of self-determination to act according to it. The goal is to show that the changes, in a lot of cases, were negative or impossible to be applied in the day to day life. The base for the discussion will be the Brazilian doctrine and also the Brazilian legislation, which will show the mistakes made by the Act, especially when talking about the risk now placed on people with disabilities by the new incapacity regime.*

### KEYWORDS

*Legal incapacity. Inclusion of People With Disabilities Act. Brazilian Civil Code.*

\* Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS).

O conceito de incapacidade foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através do Código Civil de 1916 ao separar, dos plenamente capazes de exercer seus direitos e obrigações na ordem civil, aqueles que seriam parcialmente capazes no exercício de certos atos, e os que estariam totalmente impossibilitados de exercê-lo pessoalmente.

Com o surgimento do Código Civil de 2002, a concepção de “incapacidade” foi reformada a fim de superar alguns preconceitos e acompanhar a emancipação de certos grupos, com o entendimento pacífico de que se apresenta como medida excepcional atribuída pelo legislador segundo critérios cronológicos e cognoscitivos.

A discussão, por conseguinte, que o trabalho apresenta, é fomentada em torno da capacidade de fato de certos grupos e as soluções dadas pelo ordenamento para seu exercício, as quais foram objeto de mudança do Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) – resultado da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência de 2007 – que modificou os arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002, responsáveis por dispor sobre a incapacidade.

O artigo aborda a exclusão da figura do absolutamente incapaz – deixada somente para os menores de 16 anos – a adição ao art. 4º o antigo inciso III do art. 3º e a exclusão dos incisos II e III do art. 4º. Com isso, o trabalho discute o impacto do regime das incapacidades nas outras disciplinas do Código Civil, como na prescrição, decadência, quitação, sobre os negócios jurídicos em geral, além de analisar as mudanças quanto ao casamento, curatela e interdição e sobre a introdução do instituto da tomada de decisão de apoiada.

O trabalho pretende demonstrar que as mudanças referentes ao regime das capacidades não traduzem, como um todo, os objetivos da Convenção de 2007, assim como destoam do ordenamento e apresentam dificuldade na sua aplicação pelos operadores do Direito.

## **1 A ORIGEM DA LEI Nº 13.146/2015: A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA**

A Lei nº 13.146/2015 surgiu a partir da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tomou lugar em Nova York em 2007. O Brasil, além de participar da discussão e assinar a Convenção, internalizou-a por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, conforme o art. 5º, §3º, da Constituição Federal. Por cautela, e cumprindo o rito de ratificação dos tratados, o documento foi promulgado pela presidência da República por meio do Decreto nº 6.949 de 25.08.2009.

De acordo com a Convenção, a deficiência ganha especial definição, com a ênfase na participação do sujeito no meio social:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Com a clara finalidade de ultrapassar as antigas ideias de exclusão da pessoa com deficiência, conforme mencionam Resende e Vital (2008, p. 36) foi proposta uma discussão aos Estados, para que estes pudessem analisar a possível existência de barreiras que este grupo pudesse estar enfrentando - e que, por isso, encontrar-se-ia limitado - e, conseqüentemente, providenciar a eliminação delas.

De fato, o núcleo da definição é a interação dos impedimentos que as pessoas têm com as diversas barreiras sociais, tendo como resultado a obstrução da sua participação plena e efetiva na sociedade, em condição de igualdade com as demais pessoas. A deficiência não é mais, assim, vista como algo intrínseco à pessoa, como pregavam as definições puramente médicas; a deficiência está na sociedade, não na pessoa (MAIA, 2013, p. 291).

De acordo com o art. 4º da Convenção, para a inclusão social da pessoa com deficiência, é essencial a adaptação do ordenamento jurídico, na opinião de Francischetto, Boldrini e Pessanha (2013, p. 4). Através do reconhecimento jurídico da garantia de acessibilidade, da reforma de regras e conceitos hoje considerados ultrapassados - entre outras medidas - é possível garantir não só uma série de direitos que auxiliam a pessoa com deficiência na sua vivência, mas também reforçar o debate do assunto com o resto da sociedade e inserir a ideia de autonomia:

A almejada emancipação da pessoa com deficiência não pode prescindir da superação do viés assistencial que, como já disse, por melhor intencionado que seja, não pode esgotar-se em si mesmo, sob pena de retirar destes cidadãos sua civilidade e dignidade inerentes. As medidas de cunho assistencial devem ser associadas a políticas públicas que assegurem a franca superação dos assistidos para que assumam a direção de suas vidas e o gozo pleno de seus direitos humanos básicos (FONSECA, 2012, p. 48).

O tratado, assim sendo, introduziu questões extremamente importantes para os sistemas jurídicos, como o direito à família, de possuir ou herdar bens, de moradia independente, direito de acesso a um sistema educacional especializado, entre outros.

Constitui o primeiro tratado do sistema universal de direitos humanos do Século XXI, cujos princípios cardiais são o “in dubio pro capacitas” e o da “intervenção mínima” e, nesse aspecto, promove uma reviravolta no regime das incapacidades e no sistema de direito protetivo pautado na substituição de vontades (MENEZES, 2015, p. 5).

Deste modo, a Convenção – que inspirou a Lei nº 13.146/2015 – com *status* de norma constitucional, estabelece em seus artigos as medidas, contempladas como necessárias, para o exercício da nova capacidade legal atribuída ao grupo dos deficientes, juntamente com alguns suportes mínimos

para que isso seja possível. Trata-se de um passo à frente em direção à emancipação das pessoas com deficiência, para que a proteção do Estado não as limite no exercício de direitos consagrados e para que o debate sobre o assunto cresça.

## **2 QUADRO ANTERIOR DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

O Novo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao modificar o regime das incapacidades e atribuir a condição de pessoa capaz ao deficiente, reformou os artigos 3º e 4º do Código Civil, que formam um rol taxativo sobre quais sujeitos são classificados como absolutamente ou relativamente incapazes, respectivamente.

De acordo com o artigo 3º<sup>1</sup>, anteriormente à mudança, eram classificados como absolutamente incapazes os menores de dezesseis anos, os que – por alguma enfermidade ou deficiência – não possuíam o discernimento para a prática dos atos da vida civil, e os que, mesmo por causa transitória, não pudessem exprimir sua vontade.

O que se compreendia do ora revogado inciso II do art. 3º do Código Civil, como causa de incapacidade absoluta, era a deficiência mental congênita ou adquirida, qualquer que fosse a razão: moléstia no encéfalo, lesão somática, traumatismo, desenvolvimento insuficiente, etc. – atingindo os centros cerebrais e retirando do paciente a perfeita avaliação dos atos que praticava. O que se determinava na etiologia era a falta completa de discernimento em caráter permanente (...). Somente a quem faltasse, de modo completo, o discernimento, seriam declarados absolutamente incapazes (PEREIRA, 2017, p. 222-223).

Neste grupo encontram-se aqueles que não podem expressar sua vontade e, com isso, necessitam de alguém que possa responder em seu lugar. São aqueles que não compreendem os fatos e, por isso, não podem determinar-se, pois sua vontade encontra-se totalmente maculada.

Pela inabilidade de compreensão e, portanto, de reger sua vida, tomar decisões e assumir responsabilidade pelos seus atos, o grupo conta com a figura do representante. Em nome do sujeito incapaz, o representante realiza os atos da vida civil, possibilitando sua convivência com o mundo externo.

A ligação que se estabelece entre os absolutamente incapazes e a vida jurídica é indireta, por via do instituto da *representação*. Como são eles inteiramente afastados de qualquer atividade no mundo jurídico, naqueles atos que se relacionam com seus direitos e interesses, procedem por via de representantes, que agem em seu nome, falam, pensam e querem por eles (PEREIRA, 2017, p. 229).

---

<sup>1</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O segundo grupo corresponde aos relativamente incapazes. O artigo 4º do CC/2002, por sua vez, previa as hipóteses do maior de dezesseis e menor de dezoito anos; dos ébrios habituais, viciados em tóxicos e os que – por deficiência mental – tivessem o discernimento reduzido; dos excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.<sup>2</sup>

No artigo 4º, encontram-se aqueles que podem expressar sua vontade, contudo, necessitam de ajuda ao fazê-lo. Esse grupo conta com a figura do assistente, que pode ser os pais ou um tutor. Por possuir a capacidade de se expressar, apenas não totalmente, o sujeito relativamente incapaz pratica os atos da vida civil juntamente com seu assistente.

O sistema do Código Civil de 2002, portanto, utilizava-se de certos critérios a fim de identificar aqueles que apresentam dificuldades ou disparidades na sua habilidade de conduzir a vida própria e atribuir-lhes tratamento diferenciado para fazer com que a inserção no meio social não seja injusta e lhes prejudique, devido as suas condições.

Entretanto, o Novo Estatuto escolheu reformar o conceito de “incapacidade”, com a intenção de conceder maior autonomia ao indivíduo com deficiência, e tentar pôr em prática as recomendações da Convenção. Ao decidir modificar os arts. 3º e 4º, as mudanças repercutiram em todos os institutos do Código Civil – e do Código de Processo Civil - que resultavam das definições previamente estabelecidas.

### 3 AS MUDANÇAS EM RELAÇÃO AOS ABSOLUTAMENTE INCAPAZES

Por opção do legislador, passam a ser considerados como absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos. Os incisos referentes aos que por enfermidade mental não puderem praticar seus atos e aos que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, foram retirados do art. 3º e transferidos para o grupo dos relativamente incapazes.

Nas hipóteses não mais pertencentes ao grupo, somente pela mudança da letra da lei, o indivíduo passa a ser considerado capaz ou, se for o caso, realocado para a classificação de relativamente incapaz.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. O artigo também conta com a presença de um parágrafo único que prevê que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

<sup>3</sup> Nos casos em que o indivíduo pode expressar-se, porém tem a vontade totalmente imaculada, ele pode ser classificado como relativamente incapaz – contrariando a nova redação do art. 4º, pois nenhum inciso descreve sua hipótese – ou como totalmente capaz. Segue a jurisprudência: APELAÇÃO CÍVEL. LEVANTAMENTO DE INTERDIÇÃO. DESCABIMENTO. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. RECONHECIMENTO DA INCAPACIDADE RELATIVA, E NÃO MAIS ABSOLUTA, DO APELANTE. LIMITES DA CURATELA. Diante das alterações feitas no Código Civil

Deste modo, em primeiro lugar, não há mais a presença do representante na vida de qualquer maior de 16 anos e, com isso, “sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional pessoa plenamente capaz, não poderá, de regra, ser representado nem assistido, ou seja, deverá praticar pessoalmente os atos da vida civil” (RIBEIRO, 2015, p. 61). Apesar da compreensão da necessidade de emancipação social e jurídica da pessoa com deficiência, questiona-se o impacto fático e a possível situação de vulnerabilidade como consequência.

A exclusão do deficiente da categoria dos absolutamente incapazes, não impede que, no caso concreto existam pessoas com deficiência que se encaixem nessa categoria e necessitem de tal proteção; retirar pessoas absolutamente incapazes da sua classificação jurídica não necessariamente representa seu estado fático real.

Alheio a essa nobre função, há muito enunciada pela doutrina, da teoria das incapacidades, provocou o legislador profunda mudança no sistema brasileiro, modificando, com as alterações previstas pela Lei nº 13.146/2015, o rol de incapazes previsto pelo Código Civil para deles retirar todos os enfermos mentais, independentemente de seu nível de discernimento, passando a reputá-los plenamente capazes (art. 6º da lei especial). Em nome de bem-intencionada mudança ideológica, deixou, na prática, tais pessoas em princípio menos amparadas, alijando-as do manto protetor antes proporcionado pelos status de incapaz (PEREIRA, 2017, 228).

Parte da doutrina reconhece a louvável tentativa do Novo Estatuto de conscientizar a população sobre o lugar que os deficientes mentais ocupam na interação com os outros e sobre como isso deve ser debatido e a proatividade na reforma de leis ou conceitos ultrapassados.

Mencione-se, a propósito, que as alterações trazidas pelo Estatuto no que toca o regime das incapacidades rompeu uma tradição, vez que, historicamente, no direito brasileiro, o portador de transtorno mental sempre foi tratado como incapaz. É verdade que com algumas variações de termos e grau, mas assim o foi nas Ordenações Filipinas, no Código Civil de 1916 e também no atual Código Civil de 2002, sob o argumento de proteção, em prejuízo da sua autonomia e, por vezes, da sua dignidade. (RIBEIRO, 2015, p. 60).

No entanto, é necessário observar a outra parte da doutrina que chama a atenção para a correspondência da lei e da situação fática, pois considera perigosa a modificação radical de um instituto consagrado e coeso com o resto do ordenamento, e que pode colocar certos indivíduos em situações vulneráveis.

Ao se impor como regra a garantia da capacidade legal por parte das pessoas com deficiência mental, em visão cartesiana e reducionista que vislumbra a incapacidade como mera categoria

---

pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), o apelante não pode ser mais considerado absolutamente incapaz para os atos da vida civil. *A sua patologia psiquiátrica - CID 10 F20.0, Esquizofrenia - configura hipótese de incapacidade relativa (art. 4º, inciso III, e 1.767, inciso I do CC, com a nova redação dada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência)*, não sendo caso de curatela ilimitada. Caso em que o recurso vai parcialmente provido, para reconhecer a incapacidade relativa do apelante, mantendo-lhe o mesmo curador e fixando-se a extensão da curatela, nos termos do artigo 755, inciso I, do CPC/15, à prática de atos de conteúdo patrimonial e negocial, bem como ao gerenciamento de seu tratamento de saúde. DERAM PARCIAL PROVIMENTO. (Tribunal de Justiça do RS. Apelação Cível Nº 70069713683. Oitava Câmara Cível. Relator: Rui Portanova. Julgado em 15/09/2016).

jurídica, ignora a lei a existência de pessoas com total incapacidade para exercer seus direitos, o que torna a pretensa tutela das pessoas com deficiência em norma hipertrófica e altamente lesiva aos interesses dessas pessoas: o chamado Estatuto da Pessoa Com Deficiência, em retrocesso inadmissível, tanto nega às pessoas com deficiência o apoio de que porventura possam necessitar quanto declarar civilmente capazes quaisquer pessoas que, com ou sem deficiência, estão de fato inaptas para exercer sozinhas os atos da vida civil (HENRIQUES; SILVA, 2016, p. 134).

Conforme a Convenção estabelece, a deficiência se apresenta de diversas maneiras e em diversas medidas; a total exclusão da possibilidade real de tutela de um indivíduo que não pode, de maneira alguma, praticar seus próprios atos fere tal orientação já que, numa tentativa emancipatória, pode delimitar de forma exacerbada a aplicação de necessárias proteções previamente previstas para tal grupo.

### 3.1 Prescrição e Decadência

Os institutos que definiam o prazo exercitável para a pretensão e o direito, denominados de prescrição e decadência, sofreram, conseqüentemente, uma modificação com a nova redação do sistema das incapacidades. De acordo com o Código Civil de 2002, o legislador havia estabelecido que não correria a prescrição nem a decadência contra os absolutamente incapazes.<sup>4</sup>

Esse entendimento é resultado da criação de um sistema de proteção aos interesses do absolutamente incapaz, a fim de não o prejudicá-lo em suas relações com os demais pela sua própria incapacidade. Com a modificação do art. 3º, que classifica somente o menor de 16 anos como absolutamente incapaz, retira-se a proteção anteriormente concedida ao sujeito hipossuficiente no exercício dos seus direitos. A situação, logo, de dificuldade poderá ser utilizada contra o próprio indivíduo.

Surge, portanto, um descompasso entre a salutar pretensão normativa e os efeitos que dela possam se originar, com potencial para o autofagismo, como já se destacou. O intérprete do Direito que buscar uma hermenêutica jurídica comprometida com o viés constitucionalista e da dignidade da pessoa humana não poderá se contentar com a mera exclusão de tais pessoas da abrangência das regras que impediam a prescrição e decadência (art. 198, I, e 208 do Código Civil). (VIEIRA; SANTOS, 2016, p. 268).

Portanto, não será mais possível, pelo argumento da incapacidade, o impedimento da fluência do prazo prescricional ou decadencial, incluindo novo ônus àqueles anteriormente protegidos pela legislação. Apesar do déficit em relação à capacidade jurídica, todos os anteriormente incapazes devem equiparar-se aos demais quando se tratar de ter a pretensão ou o direito e seu exercício.

Essa previsão pode desamparar os indivíduos que, numa certa decorrência de tempo ou permanentemente, não possuem condições hábeis de reivindicação da mesma forma que o resto da sociedade.

<sup>4</sup> Art. 198. Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º; II - contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; III - contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Art. 208. Aplica-se à decadência o disposto nos arts. 195 e 198, inciso I.

Ressalta-se que a inclusão e entendimento da pessoa com deficiência como igual não equivale ao seu desamparo, principalmente na exclusão de regra anterior mais proveitosa.

### **3.2 Negócios Jurídicos**

As grandes preocupações que a Lei nº 13.146/2015 traz não se limitam somente a essa seara. Após enfatizar a vulnerabilidade em relação à prescrição e à decadência, torna-se *mister* falar de sua relação com outros na celebração de negócios jurídicos.

Em primeiro lugar, cabe explicar que os negócios jurídicos, os quais apresentam-se como “a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendido pelo agente” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2008, p. 315), podem ser desfeitos pela presença de nulidade ou anulabilidade.<sup>5</sup>

A nulidade apresenta-se, dentre esses dois atos que importam infrações das normas jurídicas, que afetam a ordem pública, pois são violações de normas cogentes, conforme expõe Mello (2015, p. 184). Já a anulabilidade “é sanção que se atribui ao ato jurídico em consequência de certas circunstâncias que a lei considera causadoras de deficiência em elemento nuclear de seu suporte fático. [...] constitui o grau mais leve das sanções de invalidade imputável aos atos jurídicos” (MELLO, 2015, p. 185).

Partindo dessas noções, nota-se a dificuldade de desfazimento do negócio jurídico com a nova redação do Estatuto. Anteriormente, o negócio poderia ser desfeito com fundamento no regime das incapacidades, através do raciocínio de a mácula na vontade daquele que celebra o contrato resulta numa posição de desvantagem.

O legislador, portanto, atribuía regimes diferentes de acordo com a capacidade apresentada pelos sujeitos: conforme os absolutamente incapazes não pudessem exercer sua capacidade jurídica e/ou expressar sua vontade, todos os atos praticados por eles seriam considerados nulos, “pois se a vontade há de ser livre na celebração do negócio jurídico o impossibilitado de expressá-la, ipso facto, estará impedido de praticar o negócio” (NADER, 2013, p. 171). Os relativamente incapazes, por sua vez, por não apresentarem total mácula na sua vontade poderiam ou não ver seus negócios tomados como válidos pelo ordenamento.

---

<sup>5</sup> Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...]

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.



Com a nova mudança, apenas os menores de 16 anos poderão ter o reconhecimento de nulidade de seus negócios. Todas as outras hipóteses que, antes, impediam uma relação prejudicial entre o absolutamente incapaz e o outro contratante, encontram-se sem proteção por parte da legislação. Não há como, sob a alegação de vontade distorcida pela ausência de autodeterminação, um maior de 16 anos obter a desconstituição de um negócio por nulidade.

Sendo o deficiente, o enfermo ou excepcional pessoa plenamente capaz, poderá celebrar negócios jurídicos sem qualquer restrição, pois não se aplicam as invalidades previstas nos artigos 166, I e 171, I do CC. [...] Com a vigência do Estatuto esse contrato passa a ser, em tese, válido, pois celebrado por pessoa capaz. Para sua anulação, necessária será a prova dos vícios do consentimento (erro ou dolo) o que por exigirá prova de maior complexidade e as dificuldades desta ação são enormes (SIMÃO, 2015, p. 4).

A opção que resta às pessoas tidas, nesse momento, como capazes, seria a comprovação de erro ou dolo, ou outra hipótese de vício da vontade, o que certamente se apresenta como um ônus antes não existente. Os indivíduos que, por força do novo inciso III do art. 4º, são retirados da sua condição de absolutamente incapazes e são lidos, agora, como relativamente incapazes, podem, apenas, alegar a anulabilidade do negócio – em desarmonia com a sua real situação.

Parece ser de clareza solar que se uma pessoa não pode exprimir, exteriorizar, sua vontade, jamais poderá praticar um ato jurídico, seja de que natureza for. É inconcebível, mesmo hipoteticamente, imaginar que alguém que não tem condições de exprimir sua vontade possa materializar um ato jurídico (MELLO, 2015, p. 125).

As hipóteses não mais abraçadas ficam à mercê daqueles que podem utilizar-se dessa mudança como uma ferramenta de abuso, já que o próprio sistema jurídico ignora a presença de vulnerabilidade do indivíduo e desigualdade na relação – diferente do que faz em outros casos, como, por exemplo, reconhecimento da hipossuficiência que o consumidor possui.

Ambos os grupos, incapazes de fato e consumidores, são sujeitos hipossuficientes em suas relações em searas específicas e, por isso, precisam de maior proteção para garantir uma justa interação nesse meio. A retirada dessa proteção, portanto, nada serve para emancipar o sujeito e, sim, coloca-o em posição fragilizada em comparação ao outro.

Dentro dos negócios jurídicos, também é importante ressaltar a menção da doutrina sobre a consignação<sup>6</sup> presente no art. 335<sup>7</sup> do Código, que previa a possibilidade de consignação em pagamento

<sup>6</sup> Quando certas dificuldades para a realização da extinção de obrigações, como a recusa do credor em receber a prestação, utiliza-se o instituto da consignação que é o depósito judicial ou em banco da coisa devida.

<sup>7</sup> Art. 335. A consignação tem lugar: I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma; II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos; III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;

se o credor fosse “incapaz de receber”. Conforme não há maiores de 16 anos absolutamente incapazes, o inciso II do art. 335 não será mais aplicado para tais pessoas.

No que diz respeito aos negócios celebrados, o Estatuto força a inevitabilidade de cuidado redobrado nas relações estabelecidas, partindo do pressuposto que a incapacidade não afeta sua suficiência no trato com os outros – excluindo norma prévia mais vantajosa que prescrevia uma ferramenta de auxílio importante para o incapaz.

### **3.3 Quitação**

De acordo com o Código Civil, a capacidade de quitar está ligada a ato de vontade.<sup>8</sup> Com a necessidade apresentada pelo Estatuto de dissociar, o máximo possível, a pessoa com deficiência da figura de incapaz, a quitação perde a especial proteção dada pelo legislador anteriormente prevista.<sup>9</sup> Conforme a pessoa com deficiência apresenta-se como sujeito plenamente capaz, sem máculas em sua vontade, ela terá de suportar o ônus da quitação mesmo que errônea.

Imaginemos que tal pessoa, então, recebendo certa quantia em dinheiro, e por não ter noção exata de dinheiro, entregue a quantia a um desconhecido. Pela regra atual, o devedor pagou mal e pagará novamente. Com o Estatuto em vigor, o credor é que suportará a perda do dinheiro (SIMÃO, 2015, p. 4).

No caso prático, a mudança levará a um estado de desvantagem que pode, facilmente, resultar em perdas para a pessoa com deficiência. A proteção prevista era mais uma ferramenta de apoio da lei para o hipossuficiente, a fim de prevenir possíveis abusos por parte de outros. Tal exclusão - bem como as demais - vai em sentido contrário ao pretendido pela Convenção, principalmente por deixar de aplicar norma anterior mais vantajosa, garantidora de direitos ao incapaz.

## **4 AS MUDANÇAS EM RELAÇÃO AOS RELATIVAMENTE INCAPAZES**

Com a exclusão dos incisos II (na sua parte final)<sup>10</sup> e III do art. 4º do CC/2002, tais grupos são considerados como capazes e não contam mais com a proteção do ordenamento jurídico na sua vida em sociedade, mesmo que os indivíduos, antes encaixados nesse grupo, não apresentem nenhuma mudança fática – e, portanto, não possuam capacidade total de discernimento das situações.

<sup>8</sup> Para alguns autores, a quitação não é considerada como um ato dependente da vontade – ou seja, um negócio jurídico. Para maiores informações, ver também PEREIRA, 2017, p. 164.

<sup>9</sup> Art. 310. Não vale o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu.

<sup>10</sup> Continuam sendo considerados como relativamente incapazes o ébrio habitual e o viciado em tóxico, tendo em vista que a utilização de entorpecentes diminui sua capacidade mental. Para maiores informações, ver MONTEIRO; PINTO, 2016, p. 87.

O desnível apresentado entre os capazes e os relativamente incapazes em relação a sua autodeterminação torna a abrupta exclusão dos sujeitos preocupante. Tal diferença é determinante na interação que esses sujeitos, agora reclassificados, apresentam com os demais e é o fator primordial que determinará a desigualdade com os demais nas suas relações, daqui para frente.

Mais uma vez, em semelhança ao raciocínio referente aos absolutamente incapazes, a emancipação só pode ser atingida pelo reconhecimento das diferenças perante a lei e a utilização, a partir delas, de mecanismos suficientes para garantir a convivência harmônica em sociedade.

A previsibilidade de sua relativa incapacidade tem apenas o precípuo escopo de protegê-los, já que deverão praticar atos jurídicos devidamente assistidos, sem prejuízo de sua salutar inserção no meio social, circunstância que deve ser sempre incentivada, até mesmo para o combate e a superação dos lamentáveis preconceitos ainda encontráveis em parcelas da comunidade (GAGLIANO; FILHO, 2008, p. 98).

Apesar de necessária a mudança na redação quanto aos relativamente incapazes, no sentido de desfazer o binômio “deficiência-incapacidade”, a simples rejeição do ordenamento de sujeitos que poderiam e deveriam encaixar-se nesse grupo torna a emancipação jurídica e social da pessoa com deficiência meramente fictícia.

#### 4.1 Os relativamente incapazes que são absolutamente incapazes

A adição do antigo inciso III do art. 3º ao art. 4º pode muito bem ser classificada como uma das modificações mais preocupantes. A antiga classificação desse inciso é, basicamente, estruturada na simples noção de autodeterminação.

O sujeito impedido de exprimir sua vontade não pode reger seus atos da vida civil, pois a comunicação com o mundo exterior não existe. Não há, como a própria descrição já esclarece, maneiras desse indivíduo expressar-se por si só ou juntamente com outra pessoa.<sup>11</sup>

A noção de que a vontade é essencial para a condução da vida civil foi o que motivou o legislador a encaixar alguém impossibilitado de se comunicar como absolutamente incapaz – fazendo, assim, que essa comunicação pudesse ser feita por outra pessoa, o que permitiria seu convívio de forma segura em sociedade.

Partindo desse entendimento, solidificado tanto no ordenamento jurídico como na doutrina, não há como imaginar o contexto em que alguém, sem poder expressar sua vontade, possa manifestar-se

---

<sup>11</sup> Há certos autores que, inclusive, criticam essa modificação através do argumento que o inciso não dizia respeito a deficiência em si, mas sim em causas de outra natureza que impedissem a manifestação da vontade. Quanto a esse debate ver PEREIRA, 2017a, p. 237.

juntamente com outra pessoa. Claramente, mais uma vez, o Estatuto, motivado por ideias emancipatórias, faz com que a lei não corresponda a realidade e dá a esse grupo uma responsabilidade que não o cabe.

Será que seria viável inserir os que, por causa transitória ou permanente, não podem manifestar sua vontade na categoria dos relativamente incapazes? Se estiverem impossibilitados de exprimir qualquer volição, será que sua incapacidade poderia ser relativa? Se na interdição, ao se definir os limites da curatela, ficar estabelecido que seriam representados, como ficaria sua situação? Fica no ar esta questão que requer ponderação maior ou até mesmo reforma legislativa (DINIZ, 2016, p. 989).

Vários exemplos para elucidar o problema são discutidos entre os autores, porém o que ganha destaque é, com toda a certeza, o caso da pessoa em coma (SIMÃO, 2015, p. 1). Agora, mesmo sem poder expressar seus desejos e opiniões, ela deve responder conjuntamente com outro para a realização de atos. Se acaso surgir a oportunidade de receber uma doação, por exemplo, a pessoa em coma deveria, pela nova classificação no rol discutido, expressar sua vontade a fim de ser agraciada.<sup>12</sup>

No campo do direito dos contratos, e aqui a atenção dos notários deve ser destacada, sendo o deficiente, o enfermo ou o excepcional pessoa plenamente capaz, para receber doação terá de exprimir sua vontade, o que, atualmente, não é necessário em sendo absolutamente incapaz (art. 543 do CC). Hoje, a doação se aperfeiçoa sem que este manifeste sua vontade (há uma presunção da vontade). Com o Estatuto, essa pessoa, plenamente capaz, precisará aceitar a doação (RIBEIRO, 2015, p. 61).

Deve ser mencionado que não só para doação, mas como para os negócios jurídicos ela deverá exprimir sua vontade. Além do mais, a prescrição e decadência correrão contra ela também.

Isto exemplifica e prova que as regras que regem os relativamente incapazes só são suficientes para aqueles que apresentam alguma consciência do que estão praticando ou que possam exprimir, em certo grau, sua vontade. Não é possível a correta e segura aplicação das regras que exigem um sujeito com capacidade residual para aquele que não possui nenhuma.

## **5 CASAMENTO**

O casamento das pessoas com deficiência encontra nova fase com o surgimento da Lei nº 13.146/2015. De acordo com o Código, anterior à mudança, era considerado nulo, através do art. 1.548, inciso I, o casamento do enfermo mental que não apresenta discernimento para vida civil. Com o Estatuto, o inciso tornou-se não só inútil como uma marca de atraso das ideias referentes à pessoa com deficiência mental – por isso, foi excluído.

---

<sup>12</sup> Tal noção vem do fato que, com a modificação realizada, não se aplica mais o art. 543, sobre doação, o qual prevê que “se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que a doação for pura”.

Isso fez com que, a partir da mudança, não seja possível a nulidade do casamento por essa lógica. Pelos novos moldes das hipóteses de incapacidade, portanto, esse grupo pode somente ter seu casamento anulável de acordo com o art. 1.550.<sup>13</sup>

Tais mudanças são decorrentes da nova concepção de vida em sociedade para a pessoa com deficiência presente no Estatuto, o qual prescreve que o casamento, por ser parte essencial da vida em comunidade e permitida aos seus membros, é um direito que não pode ser retirado de indivíduos pela sua deficiência. O próprio art. 6º da Lei nº 13.146/2015 esclarece que a mudança de cenário, em que o Estado incentivará a manutenção de direitos e melhoria, por conseguinte, da qualidade de vida desses sujeitos:

Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para:

I - casar-se e constituir união estável;

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e

VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

É um grande passo no ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento do direito ao casamento à pessoa com deficiência, que quebra um duradouro estigma presente na sociedade.

No entanto, alguns autores chamam atenção para alguns problemas que surgem na análise dos artigos que cuidam dessa matéria. É possível citar, por exemplo, a possibilidade, presente no §2º ao art. 1.550 do CC/02, de o casamento ser feito através do curador, tendo em vista que a pessoa curatelada (hipótese do art. 1.767) seria aquela que não pode exprimir, de forma alguma, sua vontade.

O dispositivo destoa do sistema instituído. Se, nos termos do artigo 1.767, a única possibilidade de a pessoa com deficiência ser curatelada é quando não puder expressar sua vontade, não há razão em se fazer referência ao curador. Aliás, a interpretação literal, que certamente não será admitida em doutrina e na jurisprudência, conduziria à conclusão de que o curador poderia assentir com o casamento da pessoa com deficiência, sem que sua vontade fosse relevante para contrair matrimônio (SOARES, 2016, p. 18).

Isso demonstra não só uma contradição na atuação do curador em si – que não fica atrelada somente aos atos patrimoniais, conforme art. 85 do Estatuto – mas como exemplifica que a deficiência atinge várias searas da vida do indivíduo de formas diferentes, necessitando a revisão da classificação da incapacidade do indivíduo atualmente apresentada. Como bem explicita o autor na passagem, alguém que não pode se expressar seria o sujeito dessa medida – o que contradiz a sua realidade fática.

<sup>13</sup> Art. 1.550. É anulável o casamento: I - de quem não completou a idade mínima para casar; II - do menor em idade núbil, quando não autorizado por seu representante legal; III - por vício da vontade, nos termos dos arts. 1.556 a 1.558; IV - do incapaz de consentir ou manifestar, de modo inequívoco, o consentimento; (...)

## 6 A CURATELA E A INTERDIÇÃO

A curatela tem como objetivo constituir uma medida excepcional às pessoas incapazes, onde um responsável seria elencado a fim responder por àquela pessoa – que estava interditada. Por isso, para obtenção da curatela, era necessário realizar o processo de interdição do sujeito – estabelecido pelo Código de Processo Civil.

A finalidade da curatela é principalmente conceder proteção aos incapazes no tocante a seus interesses e garantir a preservação dos negócios realizados por eles com relação a terceiros. Enquanto a tutela é sucedâneo do poder familiar, a curatela constitui um poder assistencial ao incapaz maior, completando-lhe ou substituindo-lhe a vontade (VENOSA, 2017b, p. 540).

Em relação aos sujeitos que poderiam passar pelo processo de interdição, o Código Civil de 2002 elencava, em seu art. 1.767<sup>14</sup>, o II do art. 3º, o antigo inciso III do 3º que se encontra no art. 4º, o antigo inciso II e III do art. 4º, assim como o IV.

Com a mudança do regime das incapacidades, a curatela ganhou nova redação e, portanto, novo significado. A retirada da expressa menção do deficiente do grupo dos incapazes, resultou na sua retirada do rol dos sujeitos à curatela, fazendo com que o art. 1.767 do Código especificasse que estariam sujeitos à medida somente os que, por causa transitória ou permanente, não pudessem exprimir sua vontade e os pródigos.

Dessa forma, com a previsão de somente duas hipóteses e a exclusão de outras situações, é possível questionar se, para o caso em que o sujeito tivesse um problema não na expressão da vontade, mas na sua autodeterminação, não surgiria, portanto, a curatela para pessoa capaz (NEVARES; SCHREIBER, 2016, p. 1.555).

Apesar de não exterminar as dúvidas quanto ao sujeito da medida, em relação ao funcionamento da curatela, o Novo Estatuto esclarece - em seu art. 84, §3º<sup>15</sup> - que o instituto será pautado pela análise no caso concreto e reforça a ideia de excepcionalidade e temporariedade da medida.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela: I - aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; II - aqueles que, por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; III - os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; IV - os excepcionais sem completo desenvolvimento mental; V - os pródigos.

<sup>15</sup> Art. 84; §3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

<sup>16</sup> É *mister* mencionar que alguns magistrados questionam a temporariedade e limitação da curatela na vida do indivíduo e, por não acreditarem que tais características correspondam à situação concreta, ainda aplicam a interdição total da pessoa com deficiência – onde o curatelado fica representado. Segue a jurisprudência do TJ/SP: INTERDIÇÃO. O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) criou um microssistema protetivo destinado aos deficientes, nos termos de seu art. 2º. A despeito das modificações trazidas quanto à capacidade da pessoa natural, subsiste o instituto da curatela, a propósito, o art. 84, § 1º, da EPD e os artigos 1.767 e seguintes do Código de Processo Civil. Na hipótese, persiste a causa que impede o autor de exprimir sua vontade, sendo inexorável a improcedência do recurso. Adotado parecer do MP. Sentença mantida. Negado provimento ao apelo. (Apelação nº 1007607-79.2015.8.26.0565. Des. Fabio Podestá. 27/06/2017. 5ª Câmara de Direito Privado).

Em primeiro lugar, houve a alteração do art. 1.768<sup>17</sup> do CC/02, que estabelecia quem poderia iniciar o processo de interdição. O seu *caput*, que previa a frase “a interdição deve ser promovida” foi remodelado e passou a exibir “o processo que define os termos da curatela deve ser promovido”. A modificação veio da intenção de eliminar do processo da curatela, o sentido pejorativo que a palavra “interdição” carregava - demonstrando que há um novo entendimento sobre o processo - já que na expressão “as idéias [sic] de proibição, impedimento e privação legal do exercício de direitos lhe são inerentes”. Porém, a curatela “traz em seu radical o sentido original do vocábulo, cura, que significa cuidado, diligência” (MEDEIROS, 2006, p. 2) o que se encaixa melhor com a nova concepção de vida para a pessoa com deficiência.

A segunda modificação foi a de incluir um quarto inciso que previa a promoção da curatela pela própria pessoa com deficiência.

Entretanto, o artigo 1.768 foi revogado pela vigência do Novo Código de Processo Civil de 2015, que em seu art. 747<sup>18</sup> contrariou as concepções anteriormente colocadas: apesar de manter o verbo “pode”, reestabeleceu o processo de interdição, com seu *caput* “a interdição pode ser promovida”.

Além do art. 747, o NCPC também trouxe consigo o art. 1.702, o qual fez com que os artigos 1.768 ao 1.773 do Código Civil tivessem seus dispositivos revogados. Por isso, o processo de interdição, agora, ficaria legislado somente pelo artigo 747 e seguintes.

Entre os artigos revogados é possível citar o 1.771, o qual estabelecia a necessidade de exame pessoal pelo juiz da pessoa que poderia ser interditada, com a ajuda de especialista. Contudo, ele foi, em primeiro lugar, modificado pelo Estatuto, que prescrevia que o juiz, antes de pronunciar-se sobre “os termos da curatela”, deveria ser assistido por equipe multidisciplinar, assim como deveria entrevistar pessoalmente o interditando.

Posteriormente, o mesmo artigo foi revogado pela entrada do CPC em vigência que estabeleceu, em seu art. 751, outros parâmetros mais detalhados<sup>19</sup>, concernentes ao processo de interdição:

A preocupação do novo CPC em confiar a perícia a uma “equipe multidisciplinar” visa evitar os riscos de abuso do poder psiquiátrico anunciados por Michael Foucault. Também revela o

---

<sup>17</sup> Art. 1.768 (*com as novas modificações*). O processo que define os termos da curatela deve ser promovido: I - pelos pais ou tutores; II - pelo cônjuge, ou por qualquer parente; III - pelo Ministério Público; IV - pela própria pessoa.

<sup>18</sup> Art. 747. A interdição pode ser promovida: I - pelo cônjuge ou companheiro; II - pelos parentes ou tutores; III - pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando; IV - pelo Ministério Público.

<sup>19</sup> Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. § 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. § 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista. § 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas. § 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas.

reconhecimento de que a deficiência é um fato complexo que transcende os impedimentos naturais (fisiopsíquicos) da pessoa, sendo imperativo considerar o agravamento imposto pelas diversas barreiras sociais, institucionais, jurídicas e ambientais. Por tudo isso, a análise sobre a capacidade da pessoa requer um exame pormenorizado e interdisciplinar tendente a afastar do psiquiatra o poder absoluto de decidir sobre a questão. (MENEZES, 2015, p. 25).

Portanto, além das concepções diversas entre as leis sob o mesmo ordenamento, ocorreram várias mudanças, nas quais o Código de Processo Civil acabou se sobressaindo. Além do mais, pela entrada em vigor do Estatuto ser datada em janeiro de 2016 e a do NCPC ser março de 2016, as modificações do primeiro duraram pouquíssimo tempo.

Analisando a vacância de ambas as leis, exsurge situação teratológica. A *vacatio legis* do Estatuto é de 180 dias, contados a partir da publicação (7 de julho de 2015); e a *vacatio* do novo CPC é de 1 ano (publicação em 17 de março de 2015). Desse modo, por conclusão, a vida do artigo 1768 do Código Civil, com a redação dada pelo Estatuto será curtíssima: em janeiro de 2016 entra em vigor o Estatuto e prevalece a nova redação do art. 1768, que será revogado em março de 2016, subsistindo, a partir de março, o artigo 747 do novo CPC. Notório, pois, o descuido do legislador neste ponto. (RIBEIRO, 2015, p. 64).

O desafio colocado para a doutrina, contudo, é não só encontrar, a partir de todas essas mudanças e choques de concepções, a compreensão mais coesa do significado da curatela em si, mas também do papel do curador e dos limites do instituto na vida do curatelado.

Pelo o ordenamento não mais associar a imagem do curatelado necessariamente à pessoa incapaz e o Novo Estatuto prescrever a análise casuística no caso concreto, fica difícil para o operador do Direito - que compreende a dicotomia estabelecida - se o curador toma o papel de representante ou assistente.

Segundo o art. 756 do Novo Código de Processo Civil, em seu §4º<sup>20</sup>, há a possibilidade de requisição de parcial interdição se o interdito ainda pode praticar certos atos da vida civil. Todavia, o papel do curador é questionado pelos doutrinadores no caso de a interdição não ser levantada parcialmente, deixando espaço para duas interpretações – o que pode acarretar insegurança jurídica num processo delicado.

Conforme o papel do curador poderia ser depreendido através das áreas de atuação na vida do sujeito, cabe aqui a análise dos limites da curatela. O Estatuto, em seu art. 85<sup>21</sup>, define que a curatela se limite a esfera patrimonial e negocial da vida do sujeito, dando a entender que qualquer outra seara estaria excluída de sua atuação.

Não bastante, ao avançar para a leitura do §1º do mesmo artigo, a Lei nº 13.146/2015 enfatiza o *caput*, ao expressar a curatela não pode infringir os direitos referentes ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, privacidade, entre outros.

<sup>20</sup> § 4º A interdição poderá ser levantada parcialmente quando demonstrada a capacidade do interdito para praticar alguns atos da vida civil.

<sup>21</sup> Art. 85. A curatela afetará tão *somente* os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.



Porém, ao tratar do casamento, o Estatuto inovou, ao incluir o parágrafo 2º no art. 1.550<sup>22</sup> do Código Civil. Segundo o artigo, o curador, mesmo limitado na seara negocial, poderia expressar a vontade do curatelado para contrair matrimônio.

Tais disposições entram em choque, consoante Soares (2016, p. 18), pois a utilização do curador para contrair matrimônio não só retoma as dúvidas sobre representação ou assistência, mas também em relação aos limites de sua atuação na vida diária do curatelado.

Conforme não há mais a figura do absolutamente incapaz maior de 16 anos, questiona-se o que aconteceria com o indivíduo que expressa sua vontade – e, por isso, é considerado relativamente incapaz pelo art. 4º, III – porém tal vontade é totalmente distorcida pela falta de compreensão da realidade. Nesse caso, seria possível o curador interferir na questão matrimonial, representando alguém que não possui a autodeterminação necessária para o ato.

Indaga-se, com a retirada do absolutamente incapaz, partindo das hipóteses que podem passar pela curatela e partindo da dúvida em relação aos limites do papel do curador, qual seria a medida ou a ferramenta oferecida pelo ordenamento na proteção desse sujeito, para que não sofresse com terceiros de má-fé. Indaga-se qual a proteção em contrapartida com a emancipação prevista.

Para mais, ainda que, em uma tentativa de harmonização do ordenamento e das compreensões divergentes entre os dispositivos, fosse estabelecido um limite para a curatela, isso não resolveria o principal problema que a mesma apresenta: a falta de proteção do indivíduo em geral, referente ao sistema de incapacidade, apesar de curatelado – como, por exemplo, o ônus de aplicação da prescrição e decadência mesmo sob curatela.

Mesmo com essa condição do indivíduo como curatelado, pela compreensão de que o sujeito com falta total de autodeterminação e/ou impossibilidade de exprimir sua vontade não é mais considerado absolutamente incapaz, o ordenamento não pode conceder as mesmas proteções que concedia ao grupo pela classificação quanto a sua capacidade.

Claramente, mostra-se *mister* a realização de harmonizações entre o Estatuto e o Código Civil e suas prévias noções. A confusão e choque de conceitos e ideias pode tornar o delicado procedimento da curatela em um problema para os magistrados e para o sujeito.

As concepções de emancipação devem não só corresponder às noções do resto do sistema jurídico, como também encontrar contrapartidas, a fim de o Estatuto poder conceder, além da autonomia, a proteção.

## 7 TOMADA DE DECISÃO APOIADA

---

<sup>22</sup> § 2º A pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbia poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência também introduz ao ordenamento, inspirada em modelos estrangeiros, a figura da “tomada de decisão apoiada” que, basicamente, é caracterizada por ser um procedimento de auxílio na condução da vida da pessoa com deficiência, mas menos invasivo que a curatela. Ela é regida pelo art. 1.783-A, que prescreve:

Art. 1.783-A. A tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade.

Cabe destacar, em primeiro lugar, que, de acordo com o artigo, a pessoa em questão não se trata de incapaz, pois o sujeito utiliza esse instituto “para que possa exercer sua capacidade”. Aqui se encontra a primeira contradição do instituto: a criação de um instrumento de auxílio nas decisões da vida civil por pessoa plenamente capaz, mesmo com a inquestionável definição de que o plenamente capaz é assim classificado por sua possibilidade de autodeterminação (lê-se: sozinho) advinda de plena capacidade jurídica nas decisões de sua vida civil.

O excerto causa perplexidade pelo fato de a tomada de decisão apoiada, conforme disciplinada no artigo 1.783-A, ser *facultativa* à pessoa com deficiência. Assim, se determinada pessoa com *síndrome de Down* – que optou por não contar com o apoio – pretender, por exemplo, alienar um bem imóvel, seria impedida de fazê-lo embora goze de capacidade civil plena? (SOARES, 2016, p. 32).

Seguindo a leitura dos parágrafos, conforme aponta Nevares e Schreiber (2016, p. 1.557), torna-se claro que a decisão apoiada aconteceria em via formal, através de um processo judicial e, por isso, tão burocrático quanto à curatela. Logo, apesar de inspirado em países estrangeiros – como a Itália, Argentina<sup>23</sup> e Suécia<sup>24</sup> – não se apresenta como uma via informal de auxílio.

La administración de apoyo ofrece, sin duda, calidad frente a la tradicional incapacitación judicial. Sus ventajas residen no sólo en el menor coste procesal y en la celeridad de las decisiones judiciales, sino en la ausencia de la marca o estigma de la incapacitación judicial y en la necesidad de valorar la voluntad residual (por mínima que ésta sea) de la persona vulnerable (TESÓN, 2012, p. 35).

Não só a iniciação do processo de tomada de decisão apoiada apresenta esse ônus como o seu funcionamento pode acabar seguindo caminho parecido. De acordo com o §6º, em caso de divergência entre os apoiadores, o juiz contará com a oitiva do Ministério Público – o que pode aumentar o tempo de espera.

<sup>23</sup> At. 43 (Novo Código Civil e Comercial Argentino): *Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona [...]*.

<sup>24</sup> Para mais informações, consultar WORLD HEALTH ORGANIZATION; THE WORLD BANK. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Trad.: Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPCD, p. 144.

A menção do Ministério Público, por sua vez, na entrada do processo e em caso de futura discordância entre os apoiadores também se configura como outro questionamento. De acordo com o art. 178 do NCPC, o Ministério Público atua em casos sobre discussão sobre posse de terras rurais ou urbanas, interesse social ou interesse de incapaz.

Se partir-se da premissa, conforme o próprio artigo 1.768-A prescreve, que a pessoa com deficiência utiliza os apoiadores para exercício da sua capacidade, ela não é incapaz e, por conseguinte, torna-se injustificável a intervenção desse órgão no processo.

Na Tomada de Decisão Apoiada, o beneficiário conservará a capacidade de fato. Mesmo nos específicos atos em que seja coadjuvado pelos apoiadores, a pessoa com deficiência não sofrerá restrição em seu estado de plena capacidade, para a qual terá o apoio em determinados atos da vida civil (ALENCARR; ASSIS; MUSSE, 2016 p. 236).

Na relação do apoiando com terceiros, o EPC estabelece, em seu §5º do art. 1.768-A que na contratação, este pode exigir a assinatura dos apoiadores – a fim de garantir maior segurança quanto à validade e eficácia do contrato e os limites dos apoiadores. No entanto, não é difícil de imaginar que a previsão cause o surgimento de uma prática relacionada à assistência, de acordo com Nevares e Schreiber (2016, p. 1.558).

É possível observar, segundo todos os apontamentos, a dúvida que a tomada de decisão apoiada gera na classificação e lida do indivíduo, sujeito da medida: apesar de contar com a ajuda de terceiros na prática dos atos, não é incapaz – contrário ao conceito de capacidade de fato atual – o que gera questionamentos na aplicação dessa medida e na sua possível confusão com os demais institutos – como a assistência.

## CONCLUSÕES

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, fruto da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência do qual o Brasil é signatário, estabeleceu-se como um marco de modificação da concepção do ordenamento jurídico do Brasil quanto à deficiência. A Lei nº 13.146/2015 teve como objetivos principais a dissociação de deficiência e incapacidade e a redação de um conjunto de regras que estabeleçam formas de efetiva inclusão do grupo no meio social.

Enquanto louvável pelo intuito de emancipação social da pessoa com deficiência, o Estatuto chama a atenção dos doutrinadores e operadores do Direito quanto à dissociação pretendida. Através dela, ocorreram profundas mudanças no sistema normativo, principalmente, no regime das incapacidades e nos institutos criados no Direito Civil que prescrevem especial proteção ao incapaz.

A impossibilidade de classificar alguém maior de 16 anos como absolutamente incapaz, a reclassificação do art. 3º, III, tomado como absolutamente incapaz, para relativamente incapaz assim como a exclusão dos antigos incisos II e III do rol dos relativamente incapazes levanta dúvidas sobre a aplicação dos institutos modelados para essas hipóteses, como a proteção contra a prescrição e decadência (art. 198 e art. 208 CC/02), a proteção nos negócios jurídicos celebrados (art. 166 e 171 CC/02), na quitação (art. 310 CC/02), entre outros.

As dúvidas versam sobre a harmonização desses mecanismos com a nova concepção estabelecida pelo art. 3º e 4º do Código, pois resulta na eliminação de regras prévias vantajosas que previam a maior proteção do incapaz para que pudesse estar em uma posição mais justa frente aos demais, a fim de que não saísse prejudicado nas suas relações pelo seu grau de compreensão e/ou autodeterminação.

Em relação ao sistema de apoio brasileiro, o Estatuto modificou a até então interdição ao apresentá-la apenas como curatela, pois seria, em tese, sistema mais flexível que permitiria maior independência ao curatelado. Contudo, igualmente nessa seara, levantam-se questões pertinentes como a limitação da atuação do curador – pois apesar do esclarecimento no art. 85 do Estatuto, o próprio apresenta outras áreas além das negociais em que o curador poderia atuar livremente, como o art. 1.550, §2º introduzido no Código Civil de 2002, relativo ao consentimento para o matrimônio.

A classificação do curatelado também entra em questionamento, tendo em vista que o enxugamento dos arts. 3º e 4º e o rol do art. 1.767 do Código tornam possível a classificação de vários casos de incapacidade como totalmente capazes por falta de previsão, bem como a reclassificação de hipóteses de sujeitos que antes necessitando de uma curatela total passam a, em regra, receber curatela apenas parcial e/ou serem reclassificados como apenas relativamente incapazes. Ademais, a divergência apresentada pelo NCPD, que rege tal procedimento, apresenta uma total oposição de ideias, suscitando insegurança sobre a condução desse processo.

Ainda no regime de apoio brasileiro, é *mister* mencionar a inclusão da tomada de decisão apoiada, que ao apresentar-se como uma alternativa já existente em outros países, veste roupagem diferente no Brasil e suscita debates pela adoção de um sistema burocrático, diferente do que ocorre em outros lugares, especialmente pela morosidade enfrentada pelo Judiciário. Também, ela introduz o debate sobre o que constitui a capacidade de fato - já que o apoiado preserva sua total capacidade, inclusive nos atos em que é auxiliado - e suscita questões sobre como ela se aplica nas relações cotidianas (se há necessidade de assinatura pelos apoiadores) e sobre a interferência do Ministério Público em processo que não há, conforme dispõe, incapaz.

Observa-se, portanto, que em um intento de inclusão social da pessoa com deficiência, o Estatuto possibilitou a criação de condições fictícias quanto à capacidade e situações de vulnerabilidade para as pessoas incapazes. Apesar de ser um marco na emancipação jurídica desse grupo, falha na contrapartida

de oferecer suficiente proteção e manter as previsões anteriores do ordenamento que ofereciam ferramentas para a manutenção de uma posição de equidade do incapaz nas relações com os demais.

Além disso, a quantidade dúvidas suscitadas sobre o que configura uma pessoa como capaz de fato e o auxílio de terceiros nos atos da vida civil, os limites de interferência desses terceiros e o funcionamento de institutos com a abrupta emancipação prevista pode vir a gerar imprecisões e consequências negativas.

Necessita-se, portanto, a revisão legislativa e auxílio doutrinário sobre a aplicação das noções introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo em vista os variados questionamentos gerados pela Lei. Enfatiza-se que a efetiva emancipação social da pessoa com deficiência somente ocorrerá através de uma harmônica e aplicável emancipação jurídica no ordenamento brasileiro, coerente nas suas disposições.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Cícero Pereira; ASSIS, Daniel Adolpho Daltin; MUSSE, Luciana Barbosa. Da interdição civil à tomada de decisão apoiada: uma transformação necessária ao reconhecimento da capacidade e dos direitos humanos da pessoa com deficiência. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 3, n. 2, jul. 2016, p. 226-247. Disponível em: <[reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/download/134/120](http://reedpesquisa.org/ojs-2.4.3/index.php/reed/article/download/134/120)>.

BRASIL. *Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: *Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008*; Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4ª ed. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010. 100p

DINIZ, Maria Helena. Influência da Lei nº 13.146/2015 na Teoria das Incapacidades do Direito Civil Brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*. Ano 2, n. 5, 2016. Disponível em: <<https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2016-05>>.

FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon Picoretti; BOLDRINI, Paola Marcarini; PESSANHA, Jackelline Fraga. A convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência: a necessidade de adequação do ordenamento interno. *Revista Derecho y Cambio Social*. Jan. 2013. n. 31. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista031/CARATULA.htm>>.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Volume I. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Ricardo Tadeus Marques da. O Novo Conceito Constitucional de Pessoa com Deficiência: Um Ato de Coragem. *Revista do TRT da 2ª Região*, n. 10, 2012, São Paulo, p. 37-77. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/78834>>.

HENRIQUES, Ramilton Belloto; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. O látego e o freio do regime da incapacidade civil no Brasil. *Revista de Direito Civil em Perspectiva*. Vol. 2, n. 2, p. 130-146, 2016. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1447/1883>>

MAIA, Maurício. Novo Conceito de Pessoa com Deficiência e Proibição do Retrocesso. *Revista da AGU*. Vol. 12, n. 37, p. 289-306, jul./set. 2013.

MEDEIROS, Maria Bernadette de Moraes. Interdição civil: uma exclusão oficializada?. *Revista Virtual Textos e Contextos*, n. 5, 2006. Disponível em: <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1021/801)>.

MELLO, Marcos Bernades de. *Teoria do Fato Jurídico*. Plano da Validade. 14ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra. O direito protetivo no Brasil após a convenção sobre a proteção da pessoa com deficiência: impactos do novo CPC e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Revista eletrônica: civilistica.com*. A.1, n.1, 2015. Acesso em 28.05.2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-protetivo-no-brasil/>>.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

NEVARES, Ana Luiza Maia; SCHREIBER, Anderson. Do Sujeito à Pessoa: Uma Análise da Incapacidade Civil. *Revista Quaestio Iuris*. Vol. 09, n. 3, 2016, Rio de Janeiro, p. 1545-1558.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Parte Geral. Vol. I. 30ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Direito Civil*. Teoria Geral das obrigações. Vol. II. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

RIBEIRO, Moacyr Petrocelli de Ávila. Estatuto da Pessoa com Deficiência: a revisão da teoria das incapacidades e os reflexos jurídicos na ótica do notário e do registrador. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Vol. 5, n. 46, 2015. Acesso em 16.10.2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/87594>>.

RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. *A Convenção Sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência Comentada*. Brasília: Corde, 2008.

SANTOS, Ernesto Maggi; VIEIRA, Leandro Ocaña. *Alterações Promovidas Pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência*: Efeitos na Teoria das Incapacidades e nas Regras Obstativas da Prescrição e da Decadência. Disponível em: <<https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/147/87>>.

SIMÃO, José Fernando. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade*. Parte 1. Publicado no site Consultor Jurídico, 2015. Acesso em 28.05.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade>>.

\_\_\_\_\_. *O Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade*. Parte 2. Publicado no site Consultor Jurídico, 2015. Acesso em 28.05.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>>.

SOARES, Thiago Rosa. *Capacidade de fato das pessoas com deficiência*. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. Estudo. Abril/2016. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27859>>.

TESON, Inmaculada Vivas. *Mas allá de la capacidad de entender y querer: Un análisis de la figura italiana de la administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Editora Futuex. 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil*. Família. Vol. 5. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, THE WORLD BANK. *Relatório mundial sobre a deficiência*. Trad. Lexicus Serviços Linguísticos. São Paulo: SEDPcD, 2012.

**Recebido em:** 06/06/2018

**Aceito em:** 27/02/2019

